

# JUSTIÇA & CIDADANIA<sup>®</sup>

Edição 184 • Dezembro 2015



**OAB, 85 ANOS DA MAIOR ENTIDADE  
DE CLASSE DE ADVOGADOS DO MUNDO**

Editorial: NÃO PASSARÃO!



# PEC 471/2005

## Inconstitucionalidade e retrocesso no Estado Democrático de Direito

Rogério Medeiros Garcia de Lima | Desembargador do TJMG

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 471/2005, ao possibilitar a outorga de titularidade da atividade notarial e de registro sem prévia aprovação em concurso público implica grave retrocesso no Estado Democrático de Direito.

Com efeito, o Brasil foi colonizado sob o signo da cultura patrimonialista, vigente no Reino de Portugal. Consiste na confusão, pelos governantes e agentes públicos, entre patrimônio público e privado:

Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade [...] compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário “patrimonial” do puro burocrata conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem, relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para que se assegurem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida

do Estado burocrático. (BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1976. p. 105-106)

Ainda no século XVI, a Coroa portuguesa contemplou seus apaniguados com as “capitanias hereditárias”, em que foi dividido o imenso território brasileiro recém-descoberto.

Ao longo de décadas, a distribuição de cartórios pelos governos se manteve como a mais viva expressão dessa herança patrimonialista.

No seu livro de memórias, *Gaiola Aberta* (Editora Rocco, 2000, p. 8), o escritor mineiro Autran Dourado relata os tempos em que foi secretário de imprensa do Presidente Juscelino Kubitschek. Travou-se entre ambos o seguinte diálogo:

Então o que você quer de mim, por que veio para o Rio comigo? disse Juscelino. Um emprego, não muito pesado, que me deixe as manhãs livres para que eu possa me dedicar com exclusividade aos meus romances, disse eu. Que não me ocupe a cabeça. Um lugar de procurador da prefeitura? disse ele me sondando. Não, eu não teria as manhãs livres, pois deveria cuidar de aborrecidos pareceres jurídicos, disse eu. O de que careço é ter a mente livre. Então só há um lugar para você – cartório, disse ele. Se não fosse pedir muito... disse eu.



Com a recente redemocratização, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público.

§ 1ª Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2ª Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3ª O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

O texto constitucional foi regulamentado pela Lei Federal nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Não obstante essa nova configuração jurídica, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu: “Os oficiais de registro e notários são servidores públicos, em sentido lato” (Supremo Tribunal Federal, HC 74.131-2, Ministro Moreira Alves, publicação da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, *Diário do Judiciário-MG*, 18.4.1997).

Portanto, as atividades notariais e de registro se sujeitam aos princípios constitucionais da Administração

Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa, publicidade e eficiência (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal).

Não mais se contentam as democracias contemporâneas com a mera observância da lei (legalidade); há que se observar a moralidade no âmbito da atuação de governantes e agentes públicos.

A moralidade integra a legitimidade do exercício da competência administrativa (Hauriou). O administrador não pode colocar seus poderes a serviço de interesses pessoais exclusivos e de conceitos que discrepam de valores morais respeitáveis (TÁCITO, Caio. *Moralidade Administrativa*. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 218, p. 1-10, out./dez. 1999).

O princípio da moralidade se imbrica com o da impessoalidade. Um dos aspectos da imoralidade diz respeito ao uso de poderes administrativos com o fim de propiciar favorecimentos a si e a outrem, situação que envolve a violação da impessoalidade como um dos fatores da imoralidade. Segundo a autora, contudo, é princípio de difícil tradução verbal, porque é impossível enquadrar em um dos dois vocábulos a ampla gama de condutas e práticas desviantes das verdadeiras finalidades da Administração Pública. Submete-se às regras de conduta extraídas da disciplina da Administração, sob perfil do fim do interesse público, boa administração, boa-fé e lealdade

“Não mais se contentam as democracias contemporâneas com a mera observância da lei (legalidade); há que se observar a moralidade no âmbito da atuação de governantes e agentes públicos.”

da Administração (MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 93).

A exigência da delegação das atividades notariais e de registro por concurso público prestigia o princípio da igualdade, fixado pelo artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal: “A igualdade diante da lei procurou tornar inexistentes os privilégios entre os homens por motivo de crença, nascimento ou educação” (PINTO FERREIRA. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 143).

Ainda é preciso destacar que notários e registradores são incumbidos de cancelar os atos que praticam com a fé pública:

É a confiança que se deve ter a respeito dos documentos emanados de autoridades públicas ou de serventuários da justiça, em razão da função ou do ofício exercido.

A fé pública assenta, assim, na presunção legal de autenticidade dada aos atos praticados pelas pessoas que exercem cargo ou ofício público.

A fé pública se funda, pois, nesta presunção. E não pode ser elidida, desde que não se prove, com fatos concludentes e irrefutáveis, não ser a verdade aquela que, por sua fé, atesta o documento. (DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 8. ed. São Paulo: Forense, [s.d.]. p. 280, vol. II).

Como se confiar em um agente que se mantém no exercício de tão relevantes funções, em decorrência de uma emenda constitucional que afronta todos os princípios democráticos e republicanos consagrados pela Constituição de 1988?

Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) e Associação dos Juízes Federais (Ajufe) publicaram nota técnica contrária à aprovação da PEC nº 471/2005. Segundo as referidas entidades, a proposta contraria os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e eficiência, ao mesmo tempo em que vulnera a “regra de ouro” que consagra a investidura na atividade dos serviços extrajudiciais pela via isonômica e republicana do concurso público:

Eventual aprovação da PEC em referência, constituir-se-á em notório retrocesso, uma vez que permitirá a investidura na titularidade de cartórios extrajudiciais por aqueles que não se submeteram à exigência do concurso público. (Portal Migalhas, disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/>>. Acesso em: 3 set. 2015)

Por fim, não se olvide a sempre pertinente lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

O poder de emendar a Constituição não se confunde com o de estabelecê-la. O poder de revisão é oriundo da Constituição, portanto, do poder constituinte. Deriva deste por meio daquela. Destarte, logicamente há de estar sujeito aos limites explicitados na Constituição. Se os violar, estará praticando ato inconstitucional, suscetível de impugnação através do controle de constitucionalidade. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 90-91, vol. 2)

Coligi jurisprudência:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. [...] O regime “especial” de pagamento de precatórios para Estados e Municípios criado pela EC nº 62/09, ao veicular nova moratória na quitação dos débitos judiciais da Fazenda Pública e ao impor o contingenciamento de recursos para esse fim, viola a cláusula constitucional do Estado de Direito (CF, art. 1º, *caput*), o princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), o postulado da isonomia (CF, art. 5º), a garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), o direito adquirido e a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente em parte. (Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 4.425-DF, rel. p/ acórdão min. Luiz Fux, DJe 19.12.2013).

Para além de sua flagrante inconstitucionalidade, a emenda em gestação implica perigoso retrocesso da democracia brasileira. Pode servir de mau exemplo para outras investidas.

